Expte – N° 57426/2011 – "E. J. M. Y OTRO c/ S. R. K. s/TENENCIA DE HIJOS" – CNCIV – SALA J – 01/12/2021

Buenos Aires, 1 de diciembre de 2021.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:
I.- Por contestado el traslado.

Vienen estos autos a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces el día 29 de junio de 2021, que fue incorporada al sistema informático con fecha 10 de agosto del mismo año, contra la resolución judicial dictada el 28 de junio de 2021.
Dicho pronunciamiento no efectiviza el apercibimiento decretado relativo al otorgamiento del cuidado personal de R. E. a su padre y dispone, a efectos de la revinculación paterno filial, las siguientes medidas: a) La incorporación de R. E. dentro del plazo de 30 días a una prepaga u obra social distinta de Cobermed y que en su cartilla contemple tratamientos psicológicos para adolescentes y familias, que los profesionales se encuentren facultados para brindar informes trimestrales al Juzgado, y que la misma sea abonada por el progenitor; b) Una vez designado el profesional, ante la conformidad prestada en autos oportunamente por el joven, deberá R. E. concurrir al tratamiento. Asimismo, establece que una vez que el terapeuta lo indique, comenzará, en su caso, la revinculación solicitada por el Sr.
E. por medio de las licenciadas Bikel y Zanuso. Por último, instituye que en caso de incumplimiento, se impondrá al incumplidor una sanción pecuniaria en los términos del art. 804 del Código Civil y Comercial de la Nación.
La Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara funda su recurso mediante la presentación del día 18 de noviembre, que fue incorporada al día siguiente al sistema de gestión judicial. Destaca que en el presente caso se ponen en juego tres directrices receptadas por la Convención de los Derechos del Niño: la prevalencia del superior interés del niño, el respeto de su capacidad progresiva y su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Resalta la negativa expresada por R, de 16 años de edad en la actualidad, a retomar el vínculo con su progenitor en la audiencia del 25 de noviembre de 2020. Asimismo, subraya el informe del Lic. Bertorello en el sentido que no se

observan motivos clínicos ni psicopatológicos para no tener en cuenta lo expresado por el adolescente como así también ciertos pasajes del realizado por las Lic. Berkel y Zanuso.
Concluye que en la actualidad resultaría iatrogénico forzar un vínculo que no se desea, resultando conveniente que R. pueda realizar en su terapia individual el proceso de reparación simbólica (padre-hijo) dentro de un espacio que asegure su bienestar de forma previa a iniciar la vinculación con su progenitor.

II.- En primer lugar, cabe recordar que el artículo 652 del CCyC consagra el derecho y deber de comunicación de los padres con sus hijos. Consideramos que la comunicación con el hijo es esencial para el cumplimiento de los deberes de cuidado, educación, orientación y dirección (art. 646 CCyC) que corresponden a los padres.
Se trata de una atribución propia de su calidad de progenitor, titular de la responsabilidad parental aun cuando no la ejerza, que constituye a la vez un deber respecto de su hijo menor de edad, cuyo cumplimiento puede ser exigido en beneficio del niño o adolescente para favorecer su pleno desarrollo. En definitiva, el derecho que se le reconoce se encuentra estrechamente vinculado con sus deberes como progenitor. Tal contacto es necesario pues su mejor formación depende en gran medida del mantenimiento de las figuras paterna y materna (conf. CNCiv., Sala J, “A., C. R. c/ Z., D. B. s/ régimen de comunicación”, 11/6/21).
Ello, siempre teniendo en miras el interés superior del niño. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el sentido que cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito. La regla así establecida en la norma mencionada que ordena sobreponer el interés del niño a cualquiera otra consideración tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen las controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de los otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres (Fallos: 330-642).
Asimismo, el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño destaca que en todas aquellas medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, será una consideración primordial que se atenderá el interés superior del niño.
Recuérdese que cuando existe conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. El Código Civil y Comercial de la Nación recepta en forma expresa este paradigma disponiendo en su art. 706 que “la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”.
A tal efecto, se instituye el derecho del menor a ser oído en todos los asuntos que

le afecten en el art. 12 de la Convención del 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989 y ratificada por nuestro país según ley 23849.
Los Estados partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de acuerdo con las normas de procedimiento de la Ley nacional.
En consonancia con lo expuesto precedentemente, el art. 707 del Código Civil Comercial de la Nación establece que: “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” como así también en el art. 639, inciso c, de dicho cuerpo legal en lo referido a la responsabilidad parental.
Lo dispuesto por las normas antes citadas debe entenderse en conjunto con la consideración de la autonomía progresiva y el respeto de las opiniones del niño contenidas en la CDN (arts. 5° y 12), enfatizando el derecho del niño a ser oído y las garantías mínimas del procedimiento (arts. 2°; 19, inc. c; 24 y 27, de la ley 26.061 y 26 del Código Civil y Comercial).

III.- En la especie, el menor efectivamente expresó en la audiencia celebrada en los términos del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño que su deseo es no tener vinculación con su padre.
Entonces, si bien la opinión de aquél es sumamente relevante, es obligatorio analizarla de conformidad con lo dispuesto por la normativa señalada, es decir, considerando su madurez, discernimiento y autonomía con respecto a la cuestión en estudio.
En ese sentido, cobra relevancia el informe presentado por las Licenciadas Bikel y Zanuso con fecha 21 de mayo de 2021, que fue incorporada al sistema informático el 26 de dicho mes y año. Concluyen que “la manipulación a la cual R. está atado por su madre, lo deja sin posibilidades de autonomía y de pensamiento autónomo. Su situación de dependencia hace que lo que verbalice no sea realmente auténtico. El temor psíquico del abandono de su madre, hace que frecuentemente exprese sus ideas con el objetivo de identificarse y agraciarse con ella”.
Agregan que “R. se encuentra atrapado en un gravísimo conflicto entre sus padres, que se ha perpetuado en el tiempo, siendo el niño el rehén de la disputa. La madre, aludiendo a viejas situaciones de violencia entre ellos, ejerce todo tipo de maniobras para impedir el contacto entre R. y su padre, manipulando a su

hijo”.
Resaltan que “al momento de la consulta no existe ningún obstáculo psicológico para que la revinculación se concrete. En el transcurso de las entrevistas el padre ha mostrado un deseo genuino de conectarse con su hijo. Asimismo no se ha evidenciado de su parte, ningún tipo de conductas violentas ni descontrol de los impulsos. Esto se ha observado tanto en las entrevistas individuales como en las que hemos tenido con la madre, el padre y el niño”.Señalan que “este niño necesita ser leal a los mandatos de su madre y, por lo tanto, se niega a ver al padre, “copiando” argumentos que no son propios”. Subrayan que cuando lograron un diálogo entre padre e hijo, “ella no lo tolera y lo interrumpe con violencia. R. termina acatando las órdenes de su madre, a pesar de lo cual, al irse, saluda al padre con un beso”.
Informan que “R. queda aferrado en el vínculo patológico con su madre, presentando un cuadro de “implante de memoria”. Explican que se refieren “a recuerdos de supuestos eventos que son creados de manera voluntaria por alguien que no es la persona que los evoca. R, como todos los adolescentes, presenta un psiquismo en formación y esta situación especial con su madre lo coloca en una posición de vulnerabilidad y de dependencia extrema y por lo tanto no puede oponerse a las veladas órdenes de su madre”.
Indican que “esta situación especial hace que no pueda ser tenida en cuenta como válida su negativa a querer ver al padre, ya que está colonizado por las ideas y actitudes de su madre y no le permite tener un pensamiento autónomo y propio”.
Por último, recomiendan enfáticamente “que es imperioso que pueda recobrar el vínculo con su padre, lo que deberá llevarse a cabo en entrevistas terapéuticas protegidas para R, de modo que pueda ir recobrando su autonomía e ir reparando el daño psicológico del que ha sido objeto”.

VI.- Al respecto, cabe recordar que se presenta la alienación parental cuando un hijo rechaza sin razones justificadas a uno de los progenitores como consecuencia de acciones de descalificación, abiertas o encubiertas, promovidas por el otro, de mala o buena fe, destinadas precisamente a lograr ese rechazo. El padre alienante, y por eso es tal, se embarca en un emprendimiento o cruzada, consciente o inconsciente, con la finalidad de eliminar la presencia afectiva, psicológica y física de ese otro progenitor en la vida del niño; para lo cual se utilizan diversas estrategias con distinto alcance.
Los dos requisitos que necesariamente deben configurarse para entender que dicho cuadro tiene lugar son: a) La falta de comisión por el progenitor de actos u omisiones severas que resulten reprochables; b) Influencia negativa determinante del otro progenitor (conf. Mizrahi, Mauricio L. “La alienación parental en las relaciones parento-filiales”, LL 19/11/2021, 1, La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/3262/2021), extremos que, a partir del informe reseñado, se presentan en la especie.
Consecuentemente, estimamos prudente que en el presente caso la opinión del

menor, esencial por cierto, no debe resultar prevalente en función del informe citado y de lo expuesto precedentemente. Es que oír a los niños no importa aceptar incondicionalmente sus deseos (cf. Kemelmajer de Carlucci, “El derecho constitucional del menor a ser oído”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni Editores, n° 7, p. 177). Como lo ha señalado la Corte de Casación Francesa (Cass 2 civ, 25 mai 1993, Bull. Civ. II, N° 185; Bosse-Platiere, 1996), el hecho de que el joven sea escuchado y sea tenida en cuenta su opinión, no significa que se deba decidir en coincidencia con él, pues no se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida (cf. CNCiv. Sala G, L. 534.012 del 10-3- 2010, entre otros).
En este sentido, el máximo Tribunal ha expresado que hace al interés superior del niño el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres (cf. Fallos: 318:1269). Y no obstante el referido derecho a ser escuchados, también a tener en cuenta sus opiniones, es indudable que la opinión del niño, niña o adolescente no es vinculante para el juez, aunque las aspiraciones de aquéllos no tienen que ser desmerecidas pero tampoco sobrevaloradas (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis, “Responsabilidad parental”, ed. Astrea 2015, ap. 12 a 17 y 146, págs. 56/69 y 390/391).
Obviamente, la voluntad expresada por el joven menor de edad, aunque posea grado de madurez suficiente, debe ser evaluada y tenida en cuenta por el juez en la medida en que no resulte perjudicial para su propio interés que es el que cabe resguardar y hacer prevalecer, al margen del derecho invocado por los mayores.
Asimismo, considerando aquél y la reseñada importancia del vínculo paterno filial para la mejor formación del menor, la solución adoptada aparece como razonable y la que mejor preserva efectivamente el interés superior del joven (conf.Sala “G, A., J. J. c/ C., D. S. s/cuidado personal de los hijos”, del 25/4/2019).
Nótese que no puede válidamente sostenerse que esta interpretación desestima el discurso de los niños y que ello es violatorio de sus derechos. Esta articulación tiene su origen en que la buena doctrina y el correcto desempeño jurisdiccional cuestiona muchas veces lo que verbaliza el niño o joven, cuando advierte que este no actúa como sujeto autónomo, sino que su voluntad ha sido captada por uno de sus progenitores.
Dicha interpretación, además, fue la realizada por parte del Comité de los Derechos de Niño, que es un intérprete indiscutible de la Convención sobre los Derechos del Niño. Obsérvese que en la Observación General Nº 12, del recién referido Comité, éste ha sostenido que «El niño tiene derecho a expresarse libremente. Libremente significa que puede expresar sus opiniones sin presión…»; «significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia y presión indebidas» (párrafo 22) (conf. Mizrahi, Mauricio L., op. cit., LL 19/11/2021, 1, La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/3262/2021).
En función de todo lo expuesto, corresponde desestimar los agravios esgrimidos por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces.
A mayor abundamiento, cabe destacar que la pretensión de que R. pueda

realizar en su terapia individual el proceso de reparación simbólica (padre-hijo) dentro de un espacio que asegure su bienestar de forma previa a iniciar la vinculación con su progenitor guarda relación con lo ordenado en la resolución en crisis, en la que se dispone que el menor comience un tratamiento psicológico con un profesional y que cuando éste lo indique, se comenzará la revinculación con su padre por medio de las licenciadas Bikel y Zanuso.

En virtud de ello, el Tribunal RESUELVE: Confirmar la resolución recurrida, con costas en el orden causado atento lo dispuesto por el art. 14 in fine de la Ley de Ministerio n° 24.946. Regístrese, notifíquese por Secretaría a las partes y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ac. n° 15/13, art. 4°, CSJN) y devuélvase a la instancia de grado.

BEATRIZ ALICIA VERON, JUEZ DE CAMARA
GABRIELA MARIEL SCOLARICI, JUEZ DE CAMARA
MAXIMILIANO LUIS CAIA, JUEZ DE CAMARA